

台灣法律史學會 2014 年度春季研討會：

從法律史觀點論祭祀公業條例的制定及施行

時 間：2014/07/12(六)下午 1：30—下午 4：00

地 點：國立臺灣大學法律學院霖澤館 4 樓 1401 教室

主辦單位：台灣法律史學會、國立臺灣大學法律學院法律與社會研究中心

主 持 人	王泰升（台灣法律史學會理事長、臺灣大學法律學院教授）
與 談 人	曾文亮（中研院臺史所助研究員） 祭祀公業法制的歷史脈絡 陳昭如（臺灣大學法律學院副教授） 性別平等觀點的祭祀公業法制批判 黃詩淳（臺灣大學法律學院助理教授） 祭祀公業法制與身分法 陳立夫（政治大學地政學系教授） 神明會、祭祀公業與土地法制
	綜 合 討 論
紀 錄	林政佑（臺灣大學法律學系博士班學生） 李仲昀（臺灣大學法律學系碩士班學生）

考慮到平等的面向。例如在此的幾種不同可能：強勢的漢文化與弱勢的原住民文化、強勢的漢文化與弱勢的新移民文化，以及強勢的美國文化和弱勢的台灣文化。文化的強弱是相對的，但的確會有強弱勢的存在。另一方面，在文化之內也會有強弱勢，例如漢文化是強勢的文化，但漢文化中的女人是弱勢的。當然，弱勢文化當中也同樣會有強勢者跟弱勢者，例如在原住民文化當中也當然有強勢者與弱勢者。我最深刻的印象之一，是到司馬庫斯部落去徵求部落的集體同意，要開部落會議的時候，全部的女人都要離開，但做為一個漢人女性、外人的我，卻可以在場。這個例子可以說明，弱勢文化當中也會有強弱勢的問題。

要如何面對這種強弱勢的關係？我主張一種「不對稱的尊重」。什麼是不對稱的尊重？正義不表示天秤一定要是平的，就像秤子一樣，秤子在秤重時其實是斜的。不對稱的尊重，意思是：當一個弱勢文化傳統跟一個強勢文化傳統相比的時候，我們尊重弱勢文化的傳統；在一個強勢文化當中有弱勢跟強勢的差異時，我們要尊重弱勢者對文化所提出來的定義和挑戰；在一個弱勢文化當中也有弱勢跟強勢的區別，我們也要比較尊重弱勢文化當中的弱勢者，尊重其對於這個文化所提出的定義跟挑戰。

轉型正義

因此，再回過頭來看祭祀公業的立法，我會把這認為是一個要不要透過祭祀公業的立法來實踐轉型正義的問題。但這裡的轉型正義跟一般理解的轉型正義不太一樣，這個轉型正義起碼要處理幾個問題。

第一，如果祭祀公業的傳統其實是被界定出來的、我們總是在選擇用不同的方式在界定

祭祀公業，那麼我們可能需要去做一件在祭祀公業立法過程中沒有做的事，就是尋找在祭祀公業的漢文化當中，弱勢者如何對被強勢者所定義的文化提出批評，她們所提出來的批評跟挑戰可以被認為是一種 counter-tradition，是對應於強勢者的傳統，挑戰其權力。這是件我認為需要做、但是沒有被做的事情，因為我們從來沒有嘗試去問這個問題：漢文化中的弱勢者怎麼看待祭祀公業。

第二，我們似乎需要在安定性與正義性當中做一個選擇，但我認為問題其實很簡單，問題就是我們希望維持某種權力不對等的現狀、還是要去追求平等。立法者所做的選擇是用第 4 條維持現狀，第 5 條表面上看起來是追求平等、實質上是變相維持現狀，因此立法者所做的選擇都是在維持安定，只是第 4 條很赤裸裸，第 5 條比較間接一點而已。

第三，重新去思考平等跟傳統的二元對立關係到底適不適當。如果我們做了第一件事，也就是追問在漢文化中的弱勢者怎麼樣去看待祭祀公業，那時候就有可能去想像以下的可能性：仍然把祭祀當成是可以被尊重並維持的文化實踐與價值，但另一方面讓這種文化實踐的價值具有平等的意涵。如何讓它有平等的意涵？不管是祭祀公業、或者是非祭祀公業的繼承，一個根本的不平等問題就在於把女人當成是外人來看待。我並不想涉入祭祀公業到底是不是繼承的問題，我認為更根本要去思考的問題是，不管是或不是，其實都實踐了一種想法，就是把女人當成是外人、除非滿足特定條件才承認是家的一份子。如果問題是這樣的話，我們就可能去想像、去實現一種可能性，繼續用祭祀來表達對家的認同，而誰可以去祭祀，意味著誰是家的一份子，因此藉由去界定女人也可以是一份子，來界定什麼是家、什麼

是傳承。祭祀公業的立法有可能用不一樣的方式來實現平等、實現正義，而我們的立法者做了錯誤的選擇。

黃詩淳老師：

祭祀公業與身分法

大家午安，我接續前面兩位引言人的討論，我負責引言的主題是祭祀公業與身分法。今天引言的內容會以派下權為中心。我在司法智識庫的判決精選工作中，一共負責 13 個判決，主要可分為兩大類別：一個部分是與曾老師比較相關，亦即祭祀公業的性質為何，會牽涉到祭祀公業財產的處分方式，以及管理人的性質與權限，此與民法的法人、非法人團體、代表、代理、物權法上的共有等議題較有關聯，此部分有 7 則判決。第二類主題則與派下權性質相關，究竟派下權是身分權、還是財產權，可不可以讓與，如何繼承等，由於派下權常被定性為身分財產權，也就是有身分權性質，本質上是財產權利，與繼承權有一定的類似性，因此經常要與身分法之規定相互對照考察。今天的座談主題定為「祭祀公業法制與身分法」，亦即以第二類為中心來引言。首先來討論派下的定義。「派下（員）」指的是祭祀公業此一團體的構成員，如果承認祭祀公業是法人團體的話；或者如果依照最高法院向來的見解，不認為祭祀公業是團體，而認為祭祀公業是共同共有財產，派下指的是祭祀公業財產的所有人。「派下權」的定義是派下員（擁有派下資格者）對祭祀公業的權利、義務之總稱，亦即，派下權附著於派下這個身分或資格。派下權不會與派下資格分離，此與繼承人享有繼承權的道理相類似，是以，派下權可謂身分財產權。派下權的得喪，也就意味著身分的得

喪。那麼，到底是先有派下權才有派下，還是先成為派下員才有派下權，這個問題曾老師以前有撰寫相關文章討論，我就不再贅述。觀念上因為有這個身分所以自然而然伴隨權利，權利是黏附著身分而來。我今天是想要挑戰這個前提，這個東西一定是個身分嗎？權利和身分不能夠分開嗎？

以往的解讀是，派下權就是一種身分財產權，也就是你有沒有派下權，是跟隨你的派下身分而來。先說結論，觀察近年來派下權取得的趨勢，法院逐步擴大承認派下權為可讓與之對象。祭祀公業條例更進一步，允許派下員多數決而讓原本非派下之人成為派下，上述情形在很類似的繼承權都不曾發生，可見，派下權的性質不能完全與繼承權畫上等號，在現代的實踐底下，毋寧說更具財產權的色彩。

派下權之取得

以下簡介一下，派下權的取得原因。向來在學說上關於派下權的取得說明，與物權的取得原因相類似，分為原始取得與繼受取得。原始取得是指，設立祭祀公業之設立人全員，因設立行為而取得派下權。由於日治時期後期即已禁止設立新的祭祀公業，目前幾乎沒有原始取得之相關紛爭。比較多的紛爭是在繼受取得，繼受取得又可分為繼承取得與受讓取得，雖名稱上也與物權之繼受取得相同，但內涵不盡相同：繼承取得並不完全適用繼承法的規定，並且依照男性子孫優先原則來繼承；而受讓取得也不完全適用契約法的原則，因為它並不適用契約自由原則，並非派下可以與任何一人訂定派下權讓與的契約，法律上不承認這樣的方式，受讓取得在相當受限的情況下才能夠達成。

考慮到平等的面向。例如在此的幾種不同可能：強勢的漢文化與弱勢的原住民文化、強勢的漢文化與弱勢的新移民文化，以及強勢的美國文化和弱勢的台灣文化。文化的強弱是相對的，但的確會有強弱勢的存在。另一方面，在文化之內也會有強弱勢，例如漢文化是強勢的文化，但漢文化中的女人是弱勢的。當然，弱勢文化當中也同樣會有強勢者跟弱勢者，例如在原住民文化當中當然有強勢者與弱勢者。我最深刻的印象之一，是到司馬庫斯部落去徵求部落的集體同意，要開部落會議的時候，全部的女人都要離開，但做為一個漢人女性、外人的我，卻可以在場。這個例子可以說明，弱勢文化當中也會有強弱勢的問題。

要如何面對這種強弱勢的關係？我主張一種「不對稱的尊重」。什麼是不對稱的尊重？正義不表示天秤一定要是平的，就像秤子一樣，秤子在秤重時其實是斜的。不對稱的尊重，意思是：當一個弱勢文化傳統跟一個強勢文化傳統相比的時候，我們尊重弱勢文化的傳統；在一個強勢文化當中有弱勢跟強勢的差異時，我們要尊重弱勢者對文化所提出來的定義和挑戰；在一個弱勢文化當中也有弱勢跟強勢的區別，我們也要比較尊重弱勢文化當中的弱勢者，尊重其對於這個文化所提出的定義跟挑戰。

轉型正義

因此，再回過頭來看祭祀公業的立法，我會把這認為是一個要不要透過祭祀公業的立法來實踐轉型正義的問題。但這裡的轉型正義跟一般理解的轉型正義不太一樣，這個轉型正義起碼要處理幾個問題。

第一，如果祭祀公業的傳統其實是被界定出來的、我們總是在選擇用不同的方式在界定

祭祀公業，那麼我們可能需要去做一件在祭祀公業立法過程中沒有做的事，就是尋找在祭祀公業的漢文化當中，弱勢者如何對被強勢者所定義的文化提出批評，她們所提出來的批評跟挑戰可以被認為是一種 counter-tradition，是對應於強勢者的傳統，挑戰其權力。這是件我認為需要做、但是沒有被做的事情，因為我們從來沒有嘗試去問這個問題：漢文化中的弱勢者怎麼看待祭祀公業。

第二，我們似乎需要在安定性與正義性當中做一個選擇，但我認為問題其實很簡單，問題就是我們希望維持某種權力不對等的現狀、還是要去追求平等。立法者所做的選擇是用第 4 條維持現狀，第 5 條表面上看起來是追求平等、實質上是變相維持現狀，因此立法者所做的選擇都是在維持安定，只是第 4 條很赤裸，第 5 條比較間接一點而已。

第三，重新去思考平等跟傳統的二元對立關係到底適不適當。如果我們做了第一件事，也就是追問在漢文化中的弱勢者怎麼樣去看待祭祀公業，那時候就有可能去想像以下的可能性：仍然把祭祀當成是可以被尊重並維持的文化實踐與價值，但另一方面讓這種文化實踐的價值具有平等的意涵。如何讓它有平等的意涵？不管是祭祀公業、或者是非祭祀公業的繼承，一個根本的不平等問題就在於把女人當成是外人來看待。我並不想涉入祭祀公業到底是不是繼承的問題，我認為更根本要去思考的問題是，不管是或不是，其實都實踐了一種想法，就是把女人當成是外人、除非滿足特定條件才承認是家的一份子。如果問題是這樣的話，我們就可能去想像、去實現一種可能性，繼續用祭祀來表達對家的認同，而誰可以去祭祀，意味著誰是家的一份子，因此藉由去界定女人也可以是一份子，來界定什麼是家、什麼

是傳承。祭祀公業的立法有可能用不一樣的方式來實現平等、實現正義，而我們的立法者做了錯誤的選擇。

黃詩淳老師：

祭祀公業與身分法

大家午安，我接續前面兩位引言人的討論，我負責引言的主題是祭祀公業與身分法。今天引言的內容會以派下權為中心。我在司法智識庫的判決精選工作中，一共負責 13 個判決，主要可分為兩大類別：一個部分是與曾老師比較相關，亦即祭祀公業的性質為何，會牽涉到祭祀公業財產的處分方式，以及管理人的性質與權限，此與民法的法人、非法人團體、代表、代理、物權法上的共有等議題較有關係，此部分有 7 則判決。第二類主題則與派下權性質相關，究竟派下權是身分權、還是財產權，可不可以讓與，如何繼承等，由於派下權常被定性為身分財產權，也就是有身分權性質，本質上是財產權利，與繼承權有一定的類似性，因此經常要與身分法之規定相互對照考察。今天的座談主題定為「祭祀公業法制與身分法」，亦即以第二類為中心來引言。首先來討論派下的定義。「派下（員）」指的是祭祀公業此一團體的構成員，如果承認祭祀公業是法人團體的話；或者如果依照最高法院向來的見解，不認為祭祀公業是團體，而認為祭祀公業是公同共有財產，派下指的是祭祀公業財產的所有人。「派下權」的定義是派下員（擁有派下資格者）對祭祀公業的權利、義務之總稱，亦即，派下權附著於派下這個身分或資格。派下權不會與派下資格分離，此與繼承人享有繼承權的道理相類似，是以，派下權可謂身分財產權。派下權的得喪，也就意味著身分的得

喪。那麼，到底是先有派下權才有派下，還是先成為派下員才有派下權，這個問題曾老師以前有撰寫相關文章討論，我就不再贅述。觀念上因為有這個身分所以自然而然後伴隨權利，權利是黏附著身分而來。我今天是想要挑戰這個前提，這個東西一定是個身分嗎？權利和身分不能夠分開嗎？

以往的解讀是，派下權就是一種身分財產權，也就是你有沒有派下權，是跟隨你的派下身分而來。先說結論，觀察近年來派下權取得的趨勢，法院逐步擴大承認派下權為可讓與之對象。祭祀公業條例更進一步，允許派下員多數決而讓原本非派下之人成為派下，上述情形在很類似的繼承權都不曾發生，可見，派下權的性質不能完全與繼承權畫上等號，在現代的實踐底下，毋寧說更具財產權的色彩。

派下權之取得

以下簡介一下，派下權的取得原因。向來在學說上關於派下權的取得說明，與物權的取得原因相類似，分為原始取得與繼受取得。原始取得是指，設立祭祀公業之設立人全員，因設立行為而取得派下權。由於日治時期後期即已禁止設立新的祭祀公業，目前幾乎沒有原始取得之相關紛爭。比較多的紛爭是在繼受取得，繼受取得又可分為繼承取得與受讓取得，雖名稱上也與物權之繼受取得相同，但內涵不盡相同：繼承取得並不完全適用繼承法的規定，並且依照男性子孫優先原則來繼承；而受讓取得也不完全適用契約法的原則，因為它並不適用契約自由原則，並非派下可以與任何人訂定派下權讓與的契約，法律上不承認這樣的方式，受讓取得在相當受限的情況下才能夠達成。

關於繼承取得的原因陳昭如老師已經講得很詳細，我很快地帶過去，日治時期和國治時期對於繼承取得內涵，剛剛兩位老師都有提到，是經過不斷地詮釋或所謂的創造傳統，其實繼承取得的原因在每個時期的判決內涵底下都不斷地變動。到了祭祀公業條例第 4 條和第 5 條，規範什麼樣的人依照什麼樣的規則才能夠繼承取得派下權。基本上第 4 條第 1 項前段是依規約，第 4 條第 1 項後段和第 2 項是在沒有規約的時候，將過去最高法院實務見解所認為的繼承取得之習慣（筆者註：裁判所認定的「習慣」）明文化，乃尊重既有之規約或習慣；第 5 條則是「配合兩性平權政策，突破祭祀公業百餘年來宗祧繼承之傳統習慣，符合憲法及民法男女平權之精神，結束男女不平等之舊慣，將符合社會之期待」而制定。

倘若依第 4 條第 1 項前段適用規約之結果，使女兒無法繼承，而與第 5 條抵觸時，最近的幾則下級審裁判均認為，為貫徹男女平等的立法目的，應優先適用第 5 條，亦即回歸民法繼承編，只要有「共同承擔祭祀」的繼承人，不論男女，均得繼承派下權。

第二種要討論的是受讓取得。派下權得讓與同一公業之其他派下，稱「歸就」，剛剛曾老師也說過日治時期以來即受肯定而無異議。派下員可以在他活著的時候就作這樣的處分，將其派下權讓與給其他派下員。只不過，一旦讓與就要全部讓與，不得像股票一樣部分讓與。一旦讓與就是整個權利和身分的讓與，所以一讓與後，讓與人就脫離了派下員的身分。

比較有爭議的是，得否將派下權讓與派下以外之人？向來通說和實務主流看法採取否定說，其理由是祭祀公業是為祭祀祖先之目的而設立，財產為全體派下之共同共有。祭祀公業

之派下權不得讓與派下以外之第三人，以防祭祀公業派下權為外姓子孫取得，而使祭祀祖先之行爲中斷，違背設立之意旨。比較有突破性的見解是最高法院 92 年度台上字第 2485 號判決，有條件地肯定讓與派下權於現在尚未具備派下身分者。不過須留意，本判決並非毫無保留地承認生前讓與給「將來得繼承派下之子孫」，而尚須滿足「經其他派下同意」之要件。這個判決的事實係身為派下之父親有一親生子、一養子，生前將派下資格（派下權）移轉給親生子，其死後養子起訴爭執自己亦為派下但被法院否決，因父親生前已有效移轉派下資格予親生子，故養子無從依照繼承取得的規則在父親死亡時繼承派下。換言之，派下員得以生前讓與派下資格之方式來操作、限制（不能擴張）未來之派下人數，而毋庸先解消該派下資格所根基的身分關係（養父子關係），造成了身分與派下資格分離的現象。

最後一個受讓取得的部分，在祭祀公業條例第 4 條和第 5 條，剛才提及雖然在規範繼承取得的對象為何，比如女子和贅婿經過一定方式可以繼承。第 5 條是規定條例施行之後，如果有發生繼承事實，女兒只要願意承擔祭祀，可以跟兒子同樣繼承派下權。本來這兩個條文都是在規範繼承取得資格者，不過如果在結合前面提到最高法院 92 年度台上字第 2485 號判決，受讓取得情形的「得讓與『未來得繼承派下之人』」理論，將使得派下員生前得讓與派下權之對象擴大及於女子、養女、贅婿，只要得其他派下之同意即可。

派下權之讓與

進入到第三個分析的部分，派下權是派下對於祭祀公業財產所享受的權利、義務的總

稱，可是，派下權的繼承或者讓與，卻獨立於民法之外，不適用繼承編或契約法的規定，例如過去出嫁的女兒無法繼承取得派下權，第三人也無法任意受讓派下權。

不論是法院或祭祀公業條例，都花費了極大精神，試圖畫出派下權之繼承及讓與的標準，內涵非常複雜，剛剛兩位老師都有提及，但是，更深入追問下去的話，為何派下權的取得方式可以不受民法規範，而必須適用上述複雜的規則（或謂「習慣」或「傳統」），提及理由者卻不多。頗具代表性的判決是最高法院 99 年度台上字 1943 號判決，它有回答到一部分：「祭祀公業係為祭祀祖先之目的而設立……祭祀公業之派下權，兼具身分權之性質。派下權乃派下員對於祭祀公業所有權利及義務之總稱，派下員祭祀祖先之義務應不得出售或讓與」。

關於這個一點，我想提出兩個新的嘗試，第一個，祭祀公業條例似乎蘊含著一種新的可能，就是祭祀與姓氏好像可以分離？還有第二個，可不可以用信託的角度來重新詮釋祭祀公業？可解決目前實務遇到的問題。

第一點比較單純，為什麼我說祭祀與姓氏的關連有可能鬆動？因為祭祀公業條例第 5 條變成以「共同承擔祭祀」這個事實，作為可否繼承取得派下權的要件，它並沒有規定性別，也沒有規定姓氏。大家都知道我們現在可以自由地從父姓或從母姓，假設不是從父姓，但仍是父親的繼承人的話，可不可以取得父親的派下權？只要我有共同承擔祭祀？這個部分第 5 條沒有規定，我稱之為一種留白。

這樣的留白，我認為值得贊成，因未來少子化的社會中，後代人數有限，祭祀延續困難，人們或有可能開始認為，祭祀不需要與姓

氏捆綁，而不忌諱由異姓（但有血緣聯繫）者祭祀自己與祖先。在祭祀公業條例第 5 條的文義下，只要有祭祀行為的繼承人，不論性別，也不問姓氏，理論上均得繼承派下權。從而，祭祀公業條例第 5 條不但可以促進男女平等，更重要的，是蘊含了姓氏解放亦即姓氏與祭祀分離的可能性。

派下權之定性

第二個要談的是，過去論述或判決上的爭議，常在於為何派下權的取得方式可以不受民法規範，而必須適用上述複雜的規則，最高法院 99 年度台上字 1943 號判決謂：「祭祀公業係為祭祀祖先之目的而設立……祭祀公業之派下權，兼具身分權之性質。」似謂派下權因不是一般的財產權，所以其繼承及讓與不適用繼承編之規定與契約法之原則。但是，將之定性為身分權（或身分財產權）是否妥當？

固然，身分權或是因特定身分關係而發生的權利義務，例如扶養請求權、親權、繼承權，通常具有一身專屬性，不得讓與，亦不成為債權人強制執行或代位之標的，因此將派下權解為身分權（或者帶有身分權之性質），即可達成「無法自由讓與」、「不得被強制執行」之目的。

但定性為身分權仍有某些困難，第一，派下權並非全然與身分密不可分，最高法院 92 年度台上字第 2485 號判決肯定派下得讓與其派下權於「將來得繼承派下之子孫」。第二，法體系已不承認身分繼承，「將派下的『身分』依照一定的規律（非民法的繼承）傳給特定人」的想法無法見容於法律。從而，將「派下權」解為身分權，既無助於解釋為何派下權的取得方式得規避民法規定，身分權的繼承此

一概念又與現行法體系相牴觸，並無實益。

那麼新的想法是，可不可以用「信託財產」的觀點來重新詮釋祭祀公業，雖然學說與實務長久以來一直對祭祀公業（財產）的性質有爭執，我想進一步提出，不論它性質是什麼，即便是最高法院所謂的共同共有財產，也需要有一個基礎關係。我覺得祭祀公業的基礎關係可定位為信託。

因為如果祭祀公業是純粹的「派下的共同共有財產」，亦即派下全員為祭祀公業財產的所有人的話，為何即便得到派下全員之同意，派下員仍不得讓與派下權給第三人？在所有權絕對原則之下，所有人得自由使用、收益、處分其物，但祭祀公業的派下顯然沒有如此絕對的自由，原因為何？學說與實務只籠統地說：「祭祀公業是『為了祭祀目的』而由派下員共同共有的財產」，問題是，祭祀之目的由當初的祭祀公業設立人所決定，而不是現在生存的派下員（=所有人）；如果說「祭祀的目的」是成立於已死亡的公業設立人之間的合意（=契約），既然現在的派下員（=所有人）並未參與當初的合意形成，為何必須受到拘束？

祭祀公業與信託

這種情形就是典型的信託法上死人之手（dead hand）對財產的繼續支配，也就是設定信託的人限制財產的用途以及嗣後的取得者資格，讓生者無法對該財產享有完全的使用、收益、處分之權利。將此種法律關係定性為「信託」最為適當，可以解釋很多問題。

祭祀公業是設立人（出資者）所設立的信託，公業財產即為信託財產，而信託的目的是為了祭祀享祀人，設立人之子孫則為受託人，其為財產名義上的所有人，並為了達成信託目

的（祭祀）故負有祭祀義務，以及報酬請求權（使用、收益祭祀公業財產之權，可視為受託人之報酬）。此一信託並無受益人（享祀人已死亡，非權利主體），又非公益信託。

因為祭祀公業財產是信託財產，所以派下員雖然是該財產現在的名義上所有人，但派下員無法與一般的所有人相同，自由地使用、收益、處分其物。且祭祀公業財產既是信託財產，便與派下員之固有財產相互分離，不受派下員債權人之強制執行。

派下員既然是受託人，受託人又是依照委託人制定的規則（信託條款）而決定，受託人的職位不能任意讓與他人。脫離受託人的職位，唯一方法是辭任（放棄其受託人之地位，脫離信託關係），其職位之空缺（派下權），得由其他受託人（派下員）或信託條款指定的繼任受託人（未來得繼承派下權之人）遞補。這與英美法上的 honorary trust 名譽信託，非常相像。在英美國家，將信託財產用於維護自己的墳墓（cemetery lot），因受益人不存在，也是典型的 honorary trusts，祭祀公業的「祭祀目的」與維護自己的墳墓的想法有類似之處。

那麼接下來，派下員由誰擔任呢？派下員的繼任規則是由當初設立人所設定，因為信託關係中，受託人以及其缺格或死亡後的繼任受託人（successor trustee）是依委託人所制定之規則（信託條款）決定，這便可以說明，在祭祀公業之場合，身為受託人的派下員，以及派下員死亡後的繼任派下員，是由當初祭祀公業設立人所訂立之規則（例如男系子孫）來決定，而不適用民法繼承編。此點充分展現了信託的特色，亦即該財產不是一般的財產，既不能由名義上的所有人決定其依歸，也不適用繼承法的規定，而係受 dead hand（設立人）的

意志控制。

不過，我所要挑戰的，跟剛剛陳昭如老師所提到的有類似之處，設立人當初腦筋裡真的立下「受託人只限設立人及其男系子孫」的規則（信託條款）嗎？還是這是後來法院所形成的內容？再來要問的是，就算當初真有男系子孫限定之規則，倘某一代突然沒有男系子孫，那麼不能有其他解釋的空間？又，就算當初真有男系子孫限定之規則，但此規則經過了數十年甚至百年，難道沒有被認定為違反公序良俗之可能？

最後，引言的重點是，若將祭祀公業解為信託，可以替法院的介入找到正當的法律依據，亦即私益信託之監督機關是法院（信託法 §60 I），「監督」不僅指信託事務的檢查（信託法 §60 II），還包括信託條款的詮釋、受託人的選任、認定等等。

如果祭祀公業是信託財產，法院又是正當的監督機關，當利害關係人對男系子孫限定或男系子孫優先的受託人人選條款有所疑義時，當然得聲請法院發動監督權。更重要的是，如果將祭祀公業解為信託財產，祭祀是信託目的的話，就可以明確意識到，祭祀公業財產如何使用、誰可以當派下員（受託人），乃是 dead hand 與生者利益間的平衡問題。

信託法不斷告誡我們，尊重死者對遺產的支配（遺願）固然重要，但死者無法預測死亡後 50、甚至 100 年後的狀態，可能定下（日後看來）不合理、任性、有礙物盡其用的各種限制，此時，由代表公益的法院介入，對上述限制加以修正，既正當也有其必要。祭祀公業亦然，100 年前的設立人應該無法想像子女可從母姓（女兒可以將她的姓氏傳給下一代），更無法想像現代人遑論沒有兒子，甚至根本不

生任何小孩的情形，所以他們當時定下了「男系子孫擔任受託人（派下員）」的條款，在今天可能無法實現，此際，為了讓祭祀公業得以存續且不違反公序良俗，法院當然應該積極地重新解釋或修正受託人指定規則。法院沒有必要一直拘泥於所謂的「習慣」，法院所謂的「習慣」，實質上是 100 多年前的設立人在該時空背景下所定下的規則，那已是 100 多年前的 dead hand，這種信託在有 rule against perpetuity 之處都已經應被終止了，故對信託條款當然更可以正當地加以修正。

我認為過去法院過度執著於探究或維護設立人的遺願（當然，設立人是否希望僅被男系子孫祭祀，而絕對排拒女系子孫，也不得而知，所謂的「遺願」，在沒有留下像遺囑一般嚴格形式的證據時，很難檢證），並且將受託人指定規則解為「習慣」，此種作法，從信託法的角度言，就是過度尊重 dead hand，而對於生者亦即現下此刻所有人的權益保護，則是相對被動。祭祀公業此一信託目的之是祭祀，係由百年前的公業設立人亦即信託委託人所定下，祭祀的方法、人選可能當時也有訂定，但是經過了 100 年，當初定下的規則亦即信託條款已有窒礙難行之處，所以法院依據信託法第 60 條第 1 項當然有權加以修正。

然而事實上，法院並未採取信託的理論構造去檢討、解釋男系子孫優先的信託條款，而只是困於「習慣」之中；祭祀公業條例立法時也並未觸碰此一根本性的問題，僅基於安定性的考量，便制定了第 4 條，對條例施行前的派下權繼承，適用過去「吝於挑戰傳統」的實務見解，而失去了反思與改變 dead hand 的機會，降低對現在生活在這個時空底下的人民的保障，殊為可惜。以上是從信託法角度提供的一些分享，敬請不吝指教，非常謝謝大家。

或縣（市）主管機關逕依現會員或信徒名冊，囑託該管土地登記機關均分登記為現會員或信徒分別共有。此外，地籍清理條例施行前以神明會以外名義登記的土地，具有神明會的性質及事實，經申報人出具已知過半數現會員或信徒願意以神明會案件辦理的同意書或其他證明文件足以認定者，亦準用前述規定辦理。

神明會土地，經公告進行地籍清理，而未依限申報者，除公共設施用地外，直轄市或縣（市）主管機關將代為標售。而權利人得於 10 年內申請發給土地價金。又，經 2 次標售而未完成標售者，則由主管機關囑託將土地登記為國有；此時，自登記完畢之日起 10 年內，權利人得申請按該土地第 2 次標售底價發給價金。總而言之，與現行法制不符合的權利主體與權利內容將因地籍清理而逐漸消失。

以上，是在地籍清理條例之下，對於神明會的管理方向。而地籍清理工作從在民國 97 年開始進行，申報期間為 3 年。於是，100 年開始陸續有些神明會土地被標售或登記為國有。地籍清理條例施行前已依有關法令清理的神明會，施行後仍以神明會名義登記者公告全部有 1,379 筆；但依地籍清理條例申報登記為法人的只有 489 筆，大概佔了 4 分之 1。另外，條例施行之前沒有清理，以神明會名義登記者或具有神明會性質或事實者，有 2,712 筆，而完成登記的只有 222 筆，另 216 筆已經被標售，有 272 筆被登記為國有。從這個數字顯示，關於神明會過去能申報的早就進行申報清理，所以條例施行前已依有關法令清理之神明會，施行後仍以神明會名義登記的 1,379 筆土地，也只有約 1/4 按地籍清理條例規定完成清理登記。但地籍清理條例施行後，統計出另有以神明會名義登記者或具有神明會之性質的 2,712 筆土地，其完成清理登記更是 1 成不

到。兩者累計起來，4,000 多筆神明會土地中，完成清理登記者只有 700 多筆；也就是神明會土地大部分仍未完成清理登記，未來將被標售或登記為國有。這裡引發的問題是，目前政府依照地籍清理條例來辦理地籍清理，並對於未依限完成清理登記者，強制進行標售或登記為國有。但這些神明會土地實質上還是私人所有的性質，其會員或信徒，是權利人，因此從憲法保障私人財產權的觀點，如此的立法及處理，是不是沒有什麼問題與爭議？從 100 年開始清理標售以來，目前法院關於地籍清理條例的爭訟還沒有很多。剛剛所提到的知識庫所處理的仍是地籍清理條例之前所處理的裁判，而地籍清理條例施行以來到目前為止，無論民事法院或行政法院也好，相關裁判案例並不是很多；經檢索結果，最高法院只有 4 件，最高行政法院也只有 2 件，而且多數是爭執會員資格。至於有關將私人土地權利強制標售或登記為國有的問題，到目前為止還沒有看到有關的紛爭。但是這個問題對於神明會或祭祀公業，均值得注目和關注，有待時間來看這議題的發展。

【綜合討論】

王泰升老師：

我想在綜合討論一開始，先綜合與談內容。我們在「再訪傳統」之前，不妨先用法律的觀點來探究古今的差異，想一下過去的人是用什麼觀念來理解或正當化他們的行為？請問：祭祀公業是誰的財產？某位死人的財產。我們稱呼其為「享祀者」。我們燒紙錢，燒給誰？就是燒給天上這個已死之人，這是漢人為什麼要設立祭祀公業的最原始動機，因為若無活的人為祭祀，他們就變成孤魂野鬼了。但是從現代法的觀點，這個已死之人是不是「個

人」呢？他已非權利主體了，於是就必須找一個活人來當權利主體。如果這樣詮釋這個「制度」的初衷，那麼這個活人的性別是什麼，重要嗎？這個活人的姓氏是什麼，重要嗎？除非在觀念上堅持：只有享祀者的男性後代（含收養）為祭祀，享祀者才「接收」得到祭品，否則只要有祭拜、燒紙錢，享祀者都可「得到滿足」。我的意思是，回到傳統制度當初的設定目的，祭祀公業原本是為享祀者，而非派下子孫的「利益」而存在的。我曾在一個討論祭祀公業的會議中說，今天大家爭來爭去，有誰還記得原本要祭拜的（死者）是誰？甚至可能連他（享祀者）的名字都講不出來。

接著，在研究其他的台灣法律史議題，於閱讀台灣總督府檔案時曾發現，日治末期總督府曾經想要用剛剛黃詩淳老師所講的信託，來處理祭祀公業的問題。提起這段往事，我的意思是：其實對於傳統，如何用現代法來加以轉化，有多種可能性，用現代的信託觀念說不定還蠻恰當的？但我要問大家，我們在 2007 年制定祭祀公業條例時，有沒有針對祭祀公業的性質，做整體性的思考和研究？台灣的法學界曾為傳統與現代交會的這個祭祀公業制度付出多少研究資源？那個祭祀公業條例，依我看是花了大部分的力氣在解決地籍清理的問題。祭祀公業條例有第 4 條和第 5 條，是因為碰到憲法上性別平等的問題，而只好「處理」一下，不過一直是花心思在地籍清理，而不是在我剛剛所講祭祀公業的本質或一些根本性的問題上。

再者，神明會是什麼？如果祭祀公業是為死人而存在的財產，神明會是為死人嗎？恐怕不是吧，它是為神社。在那個時代的生活共同體，有一個信仰的中心，然後大家就像交朋友一樣，為了讓這個生活上中心有各項活動，而

將一筆基金放在那裡，以支應活動費用等。我要問大家，這跟我們現在參加扶輪社有什麼差別？為什麼扶輪社就是一個法人？然後神明會就不是法人？用現代法人的觀念來套，會說沒有法律規定，就不是法人啊。法是為人民而存在的，是不是法人也應該是為人民而存在，對不對？所以為什麼神明會就不能成為一個法人呢？我覺得我們過去一直沒有針對這些傳統或法律史來做深思，來和當代做結合。其實大家都在過自己的生活，並不是古代人就比較笨。所以這個社會既存的生活方式，如何納入當代的法秩序，才是思考上的重點，也是我目前在關心的議題。我們不宜認為，西方的文化就比較優越，非得用西方所發展出的法律制度不可，不必要嘛，這也是種翻轉。剛剛大家聽了四位與談人的口頭說明，可能會想提出一些問題，現在就請儘量提出來。

曾文亮老師：

補充一下剛剛王老師和陳立夫老師的討論。日治初期日本人發現台灣人社會有一個概念叫做公業，可是公業在當時有兩個意義，一個是從近代法的觀點來看，不是個人所有的就叫做公業，所以共有也是公業。但是他們發現公業的另一個意義是，具有一個特定目的，像是祭祀祖先或神佛祭祀，這種意義的公業不是單純兩個人或三個人共有。他們在處理公業問題時，主要是採取了第二種的意義，也就是祭祀公業這種。有關公業的習慣，在舊慣調查會進行調查的時候，已經有調查員進行調查，然後他就洋洋灑灑列出台灣社會至少存在有 15 種類型的公業。但舊慣調查會的報告書是從民法財產權主體的概念去分析，也就是舊慣調查會第一冊就談典型業主權，個人擁有土地權利。第二冊就談特殊的主體，特殊的主體包含

個人層次和團體層次，個人層次像是原住民，團體部分就是剛剛所講到各種祭祀團體和神明會等，他們因為覺得公業中有些團體性不明顯，進而獨立出第三種特殊的主體。團體層次的特殊主體，在第二回報告書十，是從社團和財團的角度來分析台灣存在的各種團體，但到第三回報告書時因為已經確定要舊慣立法，當時的國家實定法也規定在只涉及本島人的民商事項上依舊慣，所以在第三回報告書的團體概念下，不再使用社團或財團等概念，而改用宗教性團體、慈惠團體、教育團體等，比較回到台灣人社會習慣的概念來說明。

剛才陳立夫老師談到登記為什麼會影響到土地權利。行政機關對土地權利的調查，是從1901年開始，因為1898年開始的土地調查事業，前面2年是實驗階段，還沒全面展開。整個調查工作到了1903年大概全部完成。而1903年正是舊慣調查會的一回報告書出版的年份，也就是，在舊慣調查會用近代財產法的觀點將台灣人社會存在的財產關係重述一遍時，土地台帳已經製作完成，而總督府也沒有因為舊慣調查報告，而回過頭重新作地籍清理。加上當時台灣的國家實定法對台灣人間的財產關係是依習慣，所以當岡松參太郎從近代法的觀點去談神明會可能是社團性質，廟就是營造物或法人之類，這些沒有成為國家法的內容，總督府在處理祭祀公業案件時，雖然也會參考法理，但基本上還是以習慣之名。因此有關祭祀公業在國家土地行政上的問題，一直到了1980年代國家才開始想要處理。

提問人一：

主席，各位與談人您們好，我本身是國立台北大學公共行政暨政策學系畢業生，目前我居住的地方土地登記簿名稱叫做舍人公，依據

以往的調查這個舍人公屬於神明會，就像陳立夫先生講的，依照地籍清理條例照理講97年就已經公布，但到現在一直都還沒有清理，依照之前內政部有一個專門委員叫施明賜，他寫了一篇神明會土地清理之探討，指出因為這樣的土地型態經過歷史的演進，有些會員業已散失，很難辦理登記，要求這些會員進行清冊整理等工作，實在強人所難，剛才王泰升教授講的很有道理，性別平等業已是主流，從以往走過來一直是一些習慣，而現在國庫赤字很嚴重，土地應該極力活化它，像這些清理和申報有困難，所以我希望在這裡作一個紀錄，希望讓學者能夠去影響政策。像我居住的地方巷弄狹窄，消防安全不佳，甚至在這之前有人用神明會和祭祀公業的難以區別，將這一塊土地偽造竄改為祭祀公業，後來又經過法院判決撤銷。其中還涉及把土地拍賣給祭祀公業的管理人，這些都造成國家土地政策很嚴重的管理問題，甚至稅捐處還想給我們提升地價稅等等。

孫健智法官：

各位老師大家午安大家好，我是台南地院法官孫健智，很高興來參加這個研討會。我有三點要提出就教各位老師。第一個我看陳立夫老師很小心避免稱派下，可是派下這個詞原始意義是團體的成員，派者水別也，水別意思說它是分水嶺，所以我們看中研院有一些收藏的祖譜記載某某派下，某某公派下，這些人不見得有祭祀公業，但是他也被叫做派下，我為什麼強調這個點，因為我看過一個案件，一個當事人稱自己是某某神明會的派下，他拿總督府檔案來說這是大正10年時神明會出了一個公文向總督府申請某個東西，記載福德也的派下，結果被承審法官問：你們不是神明會嗎？為什麼自稱派下？所以後來法官得出的結

論是這個神明會不存在。有這種法官同事我感到很丟臉。這個案子跟大家分享，我的理解不一定對。第二點，呼應一下剛剛王老師所講的，祭祀公業條例的目的到底是什麼？確實我覺得他只是想要解決地籍清理的問題，這樣的立法我們過去也看過，像是公寓大廈管理條例，立法的最終目的就是：我可以去管你。第三點，對於陳昭如老師的與談，我覺得有一點可以討論的是，好像我們現在想向祭祀公業仍是為祭祀而存在，可是真的是這樣，以前日本人覺得說這是為了淳風美俗，但其實大家都是為了錢，這些淳風美俗或弘揚孝道是否仍符合社會現實，也是可以討論。

提問人三：

謝謝剛剛那位先生的發言，我一直以為派下是指祭祀公業的成員，原來可以是團體的成員，還有公業也被濫用，公業不一定指祭祀公業。我要講的是我們親身面臨的問題，就是土地為公業舍人公所有，但被不肖管理人變更登記為祭祀公業，然後還跟土地捐客有些交易，但是管理人好像不能作交易，造成土地被拍賣，拍賣後才知道是神明會，而非祭祀公業，但土地已經被拍賣。我們是住在被拍賣土地上的居民，當初我們買土地是有買賣契約，但是沒有過戶，後來才知道管理人好像不能辦理過戶，導致土地淪落在財團手中。而法院判決書也搞不懂公業到底是什麼，以為公業就是祭祀公業，實際上我們是舍人公，然後地籍清理條例的立法理由有舉到舍人公，我要問的是說在日據時代，不容許神明會存在，這是真的嗎？

吳俊瑩博士生：

我是台大歷史所博士班吳俊瑩，剛剛王老師有提到祭祀公業是祭祀祖先，但我覺得或許

要打個問號，當然成立的時候依照關分制來抽幾份，名義上是這樣寫，可是實際上漢人的觀念是拿出一筆土地，大家來經營，這或許也是原初的概念，字面是這樣寫，祖先當然也是要拜，可是大家拿幾份出來拿幾份經營，是沒有出現在字面上。就我認識朋友家他們是有祭祀公業，主要都把土地拿來集中作信貸，所以我覺得原初目的的部分可以再思考。

陳景星：

大家好，我是陳景星，我們法律史學會作這樣的研討會非常有意義，尤其是榮譽理事長和主持人講的都很有意思，祭祀公業在我個人的研究裡頭，是從研究到實務，但現在已經慢慢淡忘掉了。2008年時候祭祀公業條例訂定出來，剛好今天已經是6年了，如果依照剛剛陳教授講的，沒有依照祭祀公業條例第51條的要件來申報處理，國家就可以來代為標售，我想這個已經涉及到憲法的層次了。剛剛陳教授並沒有表示他的意見，我想請教他的意見。如果從憲法層次，這樣的規範竟然可以把人民的私權，只因不作為法定程序就作強制性的拍賣，這個是否有違反憲法的比例原則？請教諸位的意見。第二點，兩位女教授對於祭祀公業從習慣法到現在，我想主要的與談人曾文亮有提到，關於原則上派下是男的這毫無疑問，但是他們針對這第5條提出嚴重的挑戰，認為這是不適當的，需要修改呢？我想請教兩位教授的意見。

提問人六：

大家好，我想請教陳立夫教授一個問題，關於神明會清理的績效是0.08，非常低的績效。地籍清理條例裡面又有規定，神明會如果要申報的話，要有規約或成立當時的證明或名

冊，但是我們知道，這要維持到現在是有不可能的，可能因為戰亂或如何，這些資料就都不見。另外，就像剛剛這位律師所講的，我們直接這樣強制標售的土地正義到底是在哪裡？另外，地籍清理條例規定標售以後，我要去領回保管金出來，還要繳交 5% 的行政處理費用及應納的稅賦，這些跟清理績效之間是不是存在種種的矛盾？造成政府強奪人民私有的土地。我想請教陳教授對於地籍清理規定如此強硬的立法用意和意見。

蔡博方教授：

各位老師好，我是臺大社會學系的專任教師。有一些不是太實務性的問題想請教。第一，在我們了解裡面，有些與祭祀公業相關的問題在實務上有些行政法院的判決會用民事法院的判決做基礎，有些當事人認為法院判決可以做為證據，但在訴訟過程中被否認。第二，我參與過幾次相關的公聽會，有些相關人士提供了一些想法，例如，有人表示能否比照鄉鎮縣市的調處機制，或有人想說能否申請釋憲，或內政部獲行政機關是否能成立專門諮詢委員會，但這些想法都被行政機關否定。最後，在黃老師的報告中提到，共同承擔祭司這件事，但實務上發現，若撇除性別的問題，其實姓氏與共同承擔與否也是排擠女性的一個重要因素。在實務上看到有些男性會說既然已經在姓氏上並沒有缺乏女性來承擔、都沒人拜的話，實務上無法突破共同承擔，而非祭祀。

陳立夫老師：

感謝各位先進的發言。剛有提到祭祀公業社人公。誠如剛剛所說，不是看到祭祀公業就認定一定是祭祀公業。地籍清理條例立法說明中也提到社人公，把社人公認為是具有神明會

性質的。問題是，到底是不是神明會，還是應回到事實的證明。個人曾有看過一個土地登記的案例，在台北市南港區，一片土地中登記了兩種名義，一個是祭祀公業三官大帝，另一登記為三官大帝，兩筆土地緊鄰，事實上有無可能一個是祭祀公業一個是神明會？應該不可能，但重點是當事人舉不出原始證明文件，因此在有爭議時，行政機關也不能採認。當時有人要申請祭祀公業派下員證明，有人要神明會會員證明，行政機關全部都駁回了。我們知道所謂的派下，事實上就是身分的問題，但早年受限於光復以來派下員用在祭祀公業，尤其當祭祀公業條例制定後對於派下員加以定義，為避免混淆，神明會部分是申請會員證明或信徒名冊，祭祀公業是派下員證明。重點不在成員的稱呼，而在於組織體的性質應該是何者。也因這樣的問題，外觀上是祭祀公業還是神明會，因有些爭論，因此行政機關皆憑相關證明來進行相關資料的核發或備查；並檢具相關資料來進行關於土地的處分，而事實上是否有錯誤，我相信一定有。這裡就只能在舉證上個案性地尋求一定的救濟，確實相當不容易。至於，祭祀公業條例或地籍清理條例是否會違憲？可以進一步思考。但這些無法三言兩語即處理掉。目前為止，祭祀公業條例或地籍清理條例制定後有關的爭訟案例還不夠多，且僅集中在派下的證明及相關權益的爭執，尚未看到有針對土地被強行標售或登記為國有而引發的爭訟。當然，有些問題真的很難處理，因法條中也未全盤否定，給 3 年期間申報，並申請登記為法人或分別所有等。未申報的才會被登記為國有或被拍賣，未來這部分衍生出的爭訟會有多少？個人認為有違憲的餘地但無法直接得出違憲的結論，因還有其他權益需要思考。另外，如王老師提到的，我們是否應該從過去歷

史時事來看當時的人是如何對待這些組織體，是否一定用現代法的觀念認為只要跟現代法不合即完全消滅。總而言之，這些比較是立法論的問題，除非有人提起訴訟認為不應被拍賣或被登記為國有。

另外，有人提到目前當土地被拍賣掉時，可以領價金，按祭祀公業條例或地籍清理條例，行政機關要扣除 5% 的行政處理費用，另外 5% 是地籍清理獎金，還有應納之稅金，如此是否有違憲疑義是另一個問題。這是為了要有誘因、經費，我並不是太贊同，但已經立法了。若是如此，行政人員是有清理獎金及行政費用的，因此在整個清理過程中應進行各種查證，若行政人員未進到善良管理人注意義務，即有法律責任問題。有不少案例是行政人員未能進行詳細的清理，例如未通知當事人，導致當事人錯失救濟時間。個人認為行政人員應有的法律責任。

黃詩淳老師：

對祭祀公業條例第 4 條及第 5 條的看法，引言內容也有提到，我對第 5 條較持正面或持平的看法。既然其規定只要是繼承人即可繼承派下資格，並無性別區分，繼承人未必與被繼承人同一姓氏，因此我認為法條的文意上賦含了某些改變現狀的可能性，是較中性的文字，因此我算是贊成。至於第 4 條，算是把過去法院、實務上的做法明文化而已，昭如老師也提到這是為了維持法律的安定性而立下的規範。我在最後分析的第二點在批判的就是過去法院對待習慣、解釋信託條款時不夠積極地詮釋信託條款。我也認為若從信託的角度讓法院開一扇窗，逃脫掉民法第 1 條習慣、傳統的綑綁，應會有新的可能性。很可惜在祭祀公業條例立法前，似乎並沒有學者提出較相關的對祭祀公

業性質的考察或研究，錯失良機，以至於第 4 條就這樣被制定。現行的成文法在解釋論上要採取我的見解是比較困難的，但未必不會有下次修法的可能性，因此仍值得重新全盤思考。

關於共同承擔祭祀的問題，有先進指出實踐的過程仍是性別不平等。這我承認，昭如老師對此也多有批判。我想說的是法院對共同承擔祭祀的認定並未太過嚴格。我曾經找到幾個最近的判決，提到如何認定何謂共同承擔祭祀，並不需在固定節日與眾人到祠堂祭拜才符合要件，只要有前往祭祀公業的公廳祭祀祖先即可，甚至可委託他人代為祭拜。若在自己家裡祭拜則不該當祭祀活動。第一個標準是有祭祀活動，第二是共同負擔祭祀經費，若祭祀公業資產足夠，派下員則不須負擔，女兒即不會因未負擔祭祀經費而被認未共同承擔祭祀。若法院以較寬鬆的標準來看待何謂共同承擔祭祀，性別不平等的實踐也許就能得到扭轉的可能。

陳昭如老師：

關於我是否認為祭祀公業就是本質上以祭祀為目的這個問題，我的報告是用法哲學或法理學上多元文化和平等之關係的討論來考察祭祀公業，認為在平等和祭祀的傳統間必須要二擇一時是有問題的。祭祀公業也有財產的面向，而且財產面很重要。如果祭祀公業的傳統是一個被發明的傳統，我們當然可以去爭執對傳統的定義有差異性，意即有為了祭祀為目的而延續到現在的祭祀公業，也有起初以祭祀為目的、後來可能為了財產的目的的祭祀公業，當然也可能一開始就是為了財產的祭祀公業。若去考察祭祀公業這個傳統的差異，我們就可能對現行祭祀公業的定義有所質疑。

另外一個問題是，我是否認為現行祭祀公

業條例有問題。第 1, 第 4、5 條想在安定性與正義性之間尋求平衡, 但我認為實際上是在選擇安定性, 就這點而言我並不同意。至於其認為其選擇正義的問題, 黃詩淳老師提到, 若法院從寬解釋共同承擔祭祀, 可能開啓不同的可能性。我同意確實有此可能性存在, 意即共同承擔祭祀者的範圍可以透過解釋來擴大, 如果用祭祀活動來認定的話, 甚至媳婦也有可能成爲一份子, 例如通常是男人拜拜, 但女人準備拜拜的東西, 可否說, 準備拜拜的東西也算是參與祭祀活動等等。就此而言, 有其相對開放性的一面。然而, 即便法院再怎麼從寬認定, 我們常看到, 有許多女人是不被允許去祭拜的。祭祀公業固然是財產, 但其與「是否是家族的一份子」攸關, 當女人不被認爲是家族的一份子, 有時雖然看似是在爭奪就財產價值而言相當微不足道的東西, 但其實是在爭奪 membership。就此而言, 我仍對第 5 條的共同承擔祭祀是否如此具有解放的可能性, 感到質疑。若當作繼承來看待, 媳婦就無法被納入; 但如以實質共同承擔祭祀來看待, 媳婦也許可以被納入。因此, 如何立法的確可以再思考, 然而我認爲現行立法不符合憲法所保障的性別平等精神。

曾文亮老師:

祭祀公業被總督府當局放到土地業主權的特殊主體的這個位置上, 也就是說它是被日本政府、舊慣調查會限縮到以解決土地權利, 到底土地是屬於誰的問題, 爲主要目的。如果回到台灣人社會的歷史脈絡來看, 祭祀公業的土地, 本來應該叫做宗族的公業或宗族的財產, 宗族的存在是多目的性的, 而宗族的公業或財產, 則是一個宗族發展的基礎。但是日本人來之後, 他把宗族財產的問題放在土地權利框架

內處理, 所以就變成國家發明了祭祀公業的概念, 來處理財產主體不夠明確的公業財產。因此祭祀公業問題主要涉及兩個部分, 一個是釐清權利人, 另一個是如果承認公業是一個法律上的制度, 能不能夠把他導向既有的法律體制, 或是維持在既有法律體制外的習慣, 或是制定特別法, 這就會有些考量。從舊慣調查會到舊慣例立法時期的討論來看, 祭祀公業存在的價值, 大概唯一能談就是純風美俗, 因爲他是祭祀祖先、宏揚孝道。但是, 否定的這邊呢, 除了從土地經濟的角度, 祭祀公業容易不流通, 對經濟有害之外, 公業內部常常發生紛爭弊端也是另一個常被提到的理由。所以日本人在舊慣立法有討論到的解決方案就是, 第一個, 你們說純風美俗, 要祭祀祖先, 我就把你們財產限縮到以祭祀目的所需的; 當時還討論了台灣人的上流、中流、下層人家祭祀祖先所需要的經費大概是多少, 想要把祭祀公業財產限縮到那個程度。這當然後來沒有實現。但是到 1950 台灣土地改革時候, 祭祀公業土地就大幅縮水了, 那是戰後的問題了。另外一個是國家監督的問題, 譬如要成立祭祀公業, 要向總督申請等等; 這個部分後來隨著 1923 年之後禁止新設祭祀公業, 就沒有設立申請或監督的問題, 所以 1923 年之後都在處理已經存在的部分而已。至於祭祀公業的消滅, 是指法律意義上的消滅, 也就是轉爲法人就算消滅了, 還是現實中真的解散掉才算消滅, 這是另外的問題。

接著我想要回來談現在。現在的祭祀公業條例, 沒錯, 主要是爲了解決地籍問題。因爲祭祀公業在日本時代被創造出來後, 主要是針對私權的部分而且在祭祀公業出現之前, 土地調查事業已經完成。所以土地查定地籍行政的部分, 並沒有在台灣私法出來之後, 重新依照

新的概念整理一遍, 以致於延續到現在。現在要再回過頭去做這件事的時候, 我沒有辦法提太具體的意見, 我只能提一個思考的框架, 也就是, 日治時期他們對於財產權的保障不是採取天賦人權說, 明治憲法是規定法律保障說, 換句話說他們在土地調查過程中, 國家法規定, 你只要完成業主權查定程序, 你就是權利人, 然後這個查定具有絕對效力, 如果有人查定程序完成後, 才來爭執查定有錯誤, 國家是不會理你的, 你去法院告法院也不會理你。你要讓法院受理, 必須提出其他的事由, 這是日本時代的情況。反思過來, 這個要請教公法學者, 我們憲法對於人民的財產權是採取什麼樣的立場, 你說是天賦人權的話, 那國家對於這種天賦權利, 你要去透過行政手段, 譬如你爲了清查、爲了追求行政效率, 動輒就很輕易的可以拍賣, 這樣就比較不恰當了。如果你覺得人民的權利還是由國家的法律來決定, 這時候國家就可以採取比較強勢的行爲。我的感覺是, 我們在憲法的立場上, 應該是比較強調人民權利的保障, 但是行政機關的做爲, 其實跟日本時代比較像, 行政比較強勢。

王泰升老師:

最後我來做一個簡單的結語。一開始有講到今天爲什麼會辦這個座談會, 跟我們接司法院的司法智識庫研究計畫有關係。當時司法院承辦人員一直在說服我接這個案子, 而最後打動我的原因是, 她說我們的法官除了那本台灣民事習慣調查報告外, 幾乎沒有什麼可以參考的。當然有些判決啦, 但是大家不覺得這是一個悲哀嗎? 司法界對台灣過去的法律, 最熟悉就是祭祀公業, 我一開始就講了, 結果最熟悉的祭祀公業, 也只能夠得到這樣的對待。我們今天立法了, 但其實對整個祭祀公業的性質,

以及國家法化的過程中有怎麼樣的可能性, 都還沒有仔細想清楚。台灣的法學界, 能否從這件事情反省到, 我們是不是太多的力氣, 一直用在追尋所謂「先進國家」最新立法例的研究, 反而對我們在地社會的問題欠缺了那麼一點關心。這是台灣法學界應認真思考的一個問題。也正因爲意識到這一點, 我們台灣法律史學會, 當年才會在黃宗樂老師的領導下成立, 希望推動這方面的研究。但是到現在還是覺得, 我們努力不夠, 還有太多的議題需要我們更加的關心。今天對於祭祀公業, 雖然已經有立法, 但還有很多不足之處。我們希望未來也能夠繼續關心其他的議題, 探究如何把台灣社會裡面既存的一些規範, 跟國家的法律做一個比較好的結合。這是一個值得努力的方向。